

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RZ130001-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, die Oberrichterinnen
Dr. M. Schaffitz und Dr. L. Hunziker Schnider sowie
Gerichtsschreiberin Dr. D. Oser

Beschluss und Urteil vom 1. November 2013

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

1. **B.** _____,

2. **C.** _____,

Kläger und Beschwerdegegner

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Prozesskostenvorschuss, unentgeltliche Rechtspflege**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im vereinfachten
Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 14. Mai 2013 (FK120013-I)**

Erwägungen:

I.

1. Der Beklagte und Beschwerdeführer (nachfolgend Beklagter) und die Kläger und Beschwerdegegner (nachfolgend Kläger) stehen sich in einem Mündigenunterhaltsprozess vor dem Einzelgericht im vereinfachten Verfahren des Bezirkes Uster gegenüber (Prozess Nr. FK120013). In diesem Verfahren beantragten die Kläger mit ihrer Klagebegründung vom 31. Mai 2012, es sei der Beklagte zur Leistung eines angemessenen Prozesskostenvorschusses an sie zu verpflichten. Eventualiter sei ihnen die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren (Urk. 5/2 S. 2). Der Beklagte stellte mit Eingabe vom 27. August 2012 seinerseits ein begründetes Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 5/11 S. 29 ff.). Mit Verfügung vom 14. Mai 2013 (Urk. 2 = Urk. 5/70) hiess die Vorinstanz das Begehren der Kläger um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses in der Höhe von Fr. 8'000.– gut (Ziff. 1 und 2) und wies das Gesuch des Beklagten um unentgeltliche Prozessführung ab (Ziff. 3).

2. Hiegegen erhob der Beklagte am 8. Juli 2013 rechtzeitig Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 1):

- "1. Es sei der angefochtene Entscheid (Entscheid des Einzelgerichts im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Uster vom 14. Mai 2013 (Geschäfts-Nr.: FK120013) aufzuheben, und es sei der Antrag der Kläger 1 und 2 auf Zahlung eines Prozesskostenvorschusses von CHF 8'000.00 abzuweisen, und es sei das Gesuch des Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gutzuheissen;
2. Eventualiter sei der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen;
3. Es sei der Beschwerde im Umfang des Antrags auf Abweisung des Prozesskostenvorschusses gemäss Ziff. 1 und Ziff. 2 hievordie aufschiebende Wirkung zu erteilen;
4. Es sei dem Beklagten für das vorliegende Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und der unterzeichnete Rechtsanwalt als unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen;

5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zzgl. 8% MwSt. zu Lasten der Kläger."

3. Mit Verfügung vom 12. Juli 2013 wurde den Klägern Frist zur Stellungnahme zum Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung angesetzt (Urk. 6). Mit Eingabe vom 18. Juli 2013 schlossen diese auf Abweisung (Urk. 7). Mit Verfügung vom 23. Juli 2013 wurde die Vollstreckung der (Erst-)Verfügung der Vorinstanz aufgeschoben (Urk. 8). Mit Beschwerdeantwort und Stellungnahme vom 12. August 2013 beantragten die Kläger die Abweisung der Beschwerde sowie des Gesuches um unentgeltliche Prozessführung (Urk. 10). Auf ausdrückliches Verlangen des Beklagten wurde ihm Frist zur Stellungnahme dazu angesetzt (Urk. 13 und Urk. 15). Die entsprechende Eingabe datiert vom 23. September 2013 (Urk. 16). Auf die Parteivorbringen ist nachfolgend nur insoweit einzugehen, als dies für die Rechtsfindung erforderlich ist.

II.

Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Das Novenverbot ist umfassend und gilt sowohl für echte wie auch für unechte Noven (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2013, N 3 f. zu Art. 326). Der im Verfahren betreffend unentgeltliche Rechtspflege geltende Untersuchungsgrundsatz (Emmel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2013, N 13 zu Art. 119) ändert daran nichts (vgl. BGer 5A_405/2011 vom 26. September 2011, E. 4.5). Die von den Parteien im Beschwerdeverfahren neu gemachten Angaben und eingereichten Unterlagen dürfen nur für die Beurteilung des Armenrechtsgesuches des Beklagten im Beschwerdeverfahren berücksichtigt werden.

III.

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts umfasst die in Art. 277 Abs. 2 ZGB vorgesehene Unterhaltspflicht der Eltern gegenüber dem mündigen

Kind grundsätzlich auch die Prozesskosten (BGE 127 I 202 S. 206 ff.). Der familienrechtliche Anspruch auf Unterhalt geht der staatlichen Pflicht zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege vor und ist deshalb zuerst zu prüfen (BGE 127 I 202, E. 3b S. 205). Für die weiteren Voraussetzungen, unter denen eine Partei Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege hat, und für die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses an mündige Kinder, kann auf die zutreffenden vorinstanzlichen Erwägungen verwiesen werden (Urk. 2 S. 2 ff., S. 9 f.).

2. Die Vorinstanz erwog, dass der Beklagte bereits aufgrund eines relevanten Vermögens im Betrag von Fr. 97'811.– in Form einer Lebensversicherung bei der D._____ nicht mittellos sei. Es handle sich dabei um eine freie Vorsorge 3b, die sich generell dadurch auszeichne, dass jederzeit frei über das Kapital verfügt werden könne. Mangels gegenteiliger Behauptungen des Beklagten sei deshalb davon auszugehen, dass er diese Lebensversicherung jederzeit vorzeitig auflösen bzw. freie Vorbezüge tätigen könne. Der Vermögenswert von Fr. 97'811.– übersteige den als Notgroschen zu bezeichnenden Freibetrag von Fr. 40'000.– deutlich. Umstände, die einen Notgroschen von über Fr. 40'000.– rechtfertigen würden, habe der Beklagte nicht dargetan. Zwar diene die Lebensversicherung grundsätzlich der Altersvorsorge. Da es aber als ungebundenes Kapital nicht für die Verwendung für die Altersvorsorge gesichert sei, bestehe keine Garantie, dass der Beklagte dieses Kapital nicht vorzeitig, d.h. vor seiner Pension aufbrauche. Damit könne die Lebensversicherung bei der Berechnung der aktuellen Leistungsfähigkeit des Beklagten berücksichtigt werden (Urk. 2 S. 13 E. 4.2.3.5.).

3. Der Beklagte rügt, es sei ihm nicht zumutbar, seine Altersvorsorge für den klägerischen Prozesskostenvorschuss zu verwerten bzw. für eine gewisse Zeit auf die Anrechnung der Prämien für die Lebensversicherung in seinem Bedarf zu verzichten (Urk. 1 S. 5 und S. 7 ff.). Zumutbarkeit bedeute vielmehr, dass die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen von Pflichtigen und Berechtigten einander gegenüberzustellen seien (mit Hinweis auf BSK ZGB-I, Breitschmid, Art. 277 N 15). Dabei komme es letztlich darauf an, welche Interessen überwiegen würden (mit Hinweis auf Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., S. 138 f., zum Begriff der "Zumutbarkeit"). Es sei rechtlich unzutreffend, wenn die

Vorinstanz die Altersvorsorge des 52-jährigen Beklagten dem Anspruch der volljährigen 23- und 26-jährigen Kläger auf Zahlung eines Prozesskostenvorschusses für nachrangig erachte. Es könne grundsätzlich nicht angehen, von einer Partei zu verlangen, die einzige Altersvorsorge für einen Prozesskostenvorschuss der anderen Partei, insbesondere zwei volljähriger Jura-Studenten, zu opfern bzw. die entsprechenden Vorsorgebeiträge im Bedarf der betreffenden Partei zu streichen. Zudem könne das Kriterium der freien Verfügbarkeit bei einer Vorsorgelösung im Rahmen der Säule 3b keine Rolle spielen. Denn Selbständigerwerbende könnten nach dem Willen des Gesetzgebers sich sowohl im Rahmen der 2. Säule als auch im Rahmen der Säule 3a (gebundene Vorsorge) bzw. Säule 3b (freie Vorsorge) vorsorgeversichern. So wenig wie die Vorsorgemittel aus der 2. Säule bei einem Unselbständigerwerbenden zur Prozessfinanzierung herangezogen werden dürften, so wenig dürfe dies auch für Vorsorgemittel der 3. Säule bei Selbständigerwerbenden gelten. Entscheidend sei allein, ob die Lebensversicherung "funktional ausschliesslich" die Vorsorge für das Alter sowie allenfalls weitere Risiken wie Invalidität oder Tod sichere. Die fehlende Zumutbarkeit führe dazu, dass beim Beklagten von Mittellosigkeit gemäss Art. 117 ZPO und von fehlender finanzieller Leistungsfähigkeit in Bezug auf den von den Klägern geforderten Prozesskostenvorschuss auszugehen sei. Zudem diene die private Altersvorsorge des Selbständigerwerbenden dem überwiegenden öffentlichen Interesse an einer funktionierenden Altersvorsorge, weshalb der Anspruch auf Altersvorsorge einem allfälligen Anspruch auf Prozesskostenvorschuss ohne weiteres vorgehe.

Diese Argumente verfangen nicht: Zwar kann die im Streit liegende Lebensversicherung der privaten Altersvorsorge des Beklagten dienen. Sie muss es aber nicht, da der Beklagte unbestrittenermassen über deren Kapital je nach Belieben flexibel verfügen und sie sogar vorzeitig jederzeit auflösen kann; es mangelt ihr gerade am Kriterium der Ausschliesslichkeit ihrer Funktion als Altersvorsorge. Folglich kann der Beklagte dafür auch schon aus diesem Grund nichts aus den Schutzvorschriften der beruflichen Vorsorge (2. Säule) bzw. gebundenen Selbstvorsorge (3a Säule) analog zu seinen Gunsten ableiten. Ein öffentliches Interesse besteht nicht nur an einer sicheren, vom Gesetzgeber unter anderem steuerlich geförderten Altersvorsorge, sondern auch an einer Subsidiarität der staatlichen

Prozessfinanzierung gerade betreffend das von den Klägern eventualiter gestellte Armenrechtsgesuch. Dem öffentlichen Interesse an einer sicheren Altersvorsorge kommt überdies kein massgebendes geschweige denn überwiegendes Gewicht in der familienrechtlichen Abwägung der konkreten Zumutbarkeit einer Prozessfinanzierung für einen unterhaltspflichtigen Elternteil zu.

Vorliegend läuft die Lebensversicherung erst im Jahre 2022 ab, weswegen dem heute 52-jährigen Beklagten eine Anrechnung als liquides Vermögen umso eher zumutbar ist (Urk. 5/53/1). Dass es ihm bis zum Versicherungsablauf am 1. Oktober 2022 nicht möglich sein sollte, den Betrag wieder einzuzahlen, macht er nicht geltend. Entgegen seinen Vorbringen muss er seine Altersvorsorge auch nicht "opfern", um zwei volljährigen Jura-Studenten einen Prozesskostenvorschuss zu bezahlen. Sie würde lediglich vorläufig um den beantragten Prozesskostenbeitrag bzw. seine eigenen Prozesskosten verringert, bzw. er müsste während einer beschränkten Anzahl Monate auf die Prämieinzahlung verzichten. Es handelt sich zudem um eine vorläufige Zahlung, die dem Beklagten je nach Prozessausgang zurückzuerstatten oder mit einer allfälligen Parteientschädigung zu verrechnen sein wird. Er selber führt ins Feld, dass die Kläger angehende Juristen seien, weshalb sie ohne weiteres in der Lage sein würden, die vom Staat im Rahmen der von ihm postulierten Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ihnen vorgeschossenen Gelder später einmal zurückzuzahlen (Urk. 1 S. 8 Fn 3). Damit räumt er ein, dass er ernsthaft mit einer späteren Rückerstattung rechnen kann.

Für sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege kommt sodann entscheidend dazu, dass der in Urk. 5/53/1 ausgewiesene Vermögenssteuerwert von Fr. 97'811.– (per 31. Dezember 2011) dem damaligen Rückkaufswert der Versicherung entspricht. Rückkaufswerte von Lebensversicherungen werden aber nach bundesgerichtlicher Praxis im Rahmen der Bedürftigkeitsprüfung insoweit als Vermögen angerechnet, als sie den als Notgroschen anerkannten Freibetrag übersteigen (Bühler, Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2012, N 77 zu Art. 117 ZPO). Die vom Beklagten zutreffend geltend gemachte Verhältnismässigkeit wirkt sich immerhin dahingehend aus, dass dieser sogenannte Notgroschen der Partei übriggelassen wird. Der wertmässige Umfang die-

ses Notgroschens bemisst sich nach Alter, Gesundheitszustand, Einkommen und Unterhaltspflichten des Gesuchstellers (BGer 1P.450/2004 vom 28.9.2004, E. 2.2). Das Bundesgericht hat bislang regelmässig Vermögensfreibeträge von Fr. 20'000.– bis Fr. 40'000.– anerkannt (Bühler, a.a.O., N 113 zu Art. 117 mit ausführlicher Kasuistik zur höchstgerichtlichen Rechtsprechung betreffend Lebensversicherungen mit Rückkaufswerten).

4. Vor diesem Hintergrund ist die Erwägung der Vorinstanz, wonach die Lebensversicherung des Beklagten als Vermögen zu berücksichtigen sei und den als Notgroschen zu bezeichnenden Freibetrag im Umfang von Fr. 40'000.– deutlich übersteige, zu schützen. Zu Recht hat sie sodann sowohl seine Mittellosigkeit verneint, als ihm auch die Leistung eines Prozesskostenvorschusses aus Familienrecht finanziell für zumutbar erachtet. Die Höhe des Prozesskostenvorschusses von Fr. 8'000.– wurde nicht substantiiert in Frage gestellt, weshalb sie nicht zu überprüfen ist. Bei diesem Ergebnis erübrigt es sich, auf die weitere Rüge des Beklagten einzugehen, wonach die alternative Argumentation der Vorinstanz rechtlich unzutreffend sei, demnach er für eine gewisse Zeit auf die Abzahlung der Steuerschulden aus den Jahren 2009/2010 verzichten solle, um mit dem dadurch erzielten Überschuss den Klägern den beantragten Prozesskostenvorschuss zu bezahlen (Urk. 1 S. 9 Rz 23 mit Hinweis auf Urk. 2 S. 14 E. 4.2.3.6.).

IV.

1. Der Beklagte ersucht für das Beschwerdeverfahren um Gewährung der unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 1 S. 2). Bei der Prüfung der Mittellosigkeit ist auf den Zeitpunkt der Gesuchseinreichung abzustellen (BGE 120 IA 179, E. 3a). Damit sind die mit der Beschwerde vom 8. Juli 2013 eingereichten Belege zu berücksichtigen (Urk. 4/2-13). Die mit Eingabe vom 23. September 2013 neu eingereichte Police betreffend eine gebundene Vorsorge bei der D._____ (Urk. 18/14) ist bis zu ihrer Fälligkeit im Sinne von Art. 3 BVV 3 der Verfügung des Vorsorgenehmers entzogen und darf nicht als Vermögen berücksichtigt werden (Bühler, a.a.O., N 72 zu Art. 117 mit Hinweis auf BGer 5P.233/2005 vom 23.11.2005, E. 3.1.3). Der Urkunde 18/15 kann für die bereits vor Vorinstanz strittige Lebens-

versicherungspolice (freie Vorsorge 3b [Urk. 5/53/1]) ein aktueller Rückkaufs- bzw. Vermögenssteuerwert von Fr. 101'576.– per 1. Oktober 2013 entnommen werden.

2. Zu den geltend gemachten diversen Schuldverpflichtungen des Beklagten ist vorweg Folgendes zu bemerken: Zwar soll die unentgeltliche Rechtspflege nicht dazu dienen, Gläubiger des Gesuchstellers auf Kosten des Gemeinwesens zu befriedigen. Ebenso wenig darf aber ein Gesuchsteller gezwungen werden, sich die für die Prozessführung benötigten Mittel dadurch zu beschaffen, dass er bestehende Schuldverpflichtungen nicht mehr bedient. Nach der nun geklärten bundesgerichtlichen Rechtsprechung und einem Grossteil der Lehre sind deshalb verfallene (rückständige) Steuerschulden sowie laufende Steuern, deren Höhe und Fälligkeit feststehen, bei der Beurteilung der Mittellosigkeit zu berücksichtigen, sofern sie tatsächlich bezahlt werden (BGE 135 I 221, E. 5.2.2 S. 228 m.w.H.; BGer 4A_114/2013 vom 20.6.2013, E. 2.1; BGer 9C_148/2011 vom 29.4.2011, E. 3.1). Auch andere bestehende, laufende und ausgewiesene Schuldverpflichtungen (wie Abzahlungsschulden, Kleinkreditschulden, Privatdarlehen, Prozess- und Anwaltschulden und Schuldzinsen) können grundsätzlich in der Berechnung des prozessualen Notbedarfs berücksichtigt werden. Unabdingbare Voraussetzung ist, dass deren bisherige regelmässige Amortisation nachgewiesen wird (Bühler, a.a.O. mit zahlreichen Hinweisen auf Rechtsprechung und Stand der Literatur N 196-199a zu Art. 117 ZPO).

Die vom Beklagten eingereichte Urkunde 4/10 beinhaltet Darlehensverträge von insgesamt Fr. 3'150.– zwischen ihm und seinem Bruder. Als "Rückzahlungsziel" wurde Februar 2014 vereinbart. Damit fällt diese Schuld mangels regelmässiger Ratenzahlungen ausser Betracht. Weiter reicht der Beklagte eine Aufstellung über seine offenen Anwaltskosten von Fr. 71'474.90 (Urk. 4/13) und über offene Gerichtskosten von Fr. 2'100.– ins Recht (Urk. 4/8). Da er auch hier keine regelmässigen Abzahlungen nachweist, können diese Schulden von vornherein nicht berücksichtigt werden. Betreffend die Urkunde 4/7 (Mahnschreiben SVA Zürich [Fr. 24'593.50]) und die Urkunde 4/9 (Mehrwertsteuer [Fr. 3'145.60]) ist im Übrigen nicht ersichtlich, weshalb der Beklagte diese AHV-Beiträge bzw. die Mehrwertsteuer nicht buchhalterisch als geschäftlichen Aufwand seiner Einzelfir-

ma verbucht. Zu Recht berücksichtigte demgegenüber die Vorinstanz im Bedarf des Beklagten bereits Fr. 3'361.– für die Abzahlung von Steuerschulden sowie Fr. 1'800.– für laufende Steuern (Urk. 2 S. 12 mit Hinweis auf Urk. 5/58 S. 29 ff.). Diese regelmässigen Steuerabzahlungen sind auch im Beschwerdeverfahren belegt (Urk. 4/11-13).

3. Für das Einkommen des Beklagten bezog sich die Vorinstanz auf das im obergerichtlichen Eheschutzentscheid vom 15. März 2013 (LE110045) zwischen dem Beklagten und der Mutter der Kläger rechtskräftig festgesetzte monatliche Einkommen von Fr. 20'000.– (Urk. 2 S. 11 f. mit Hinweis auf Urk. 5/58 S. 16 ff.). Dabei handelt es sich nicht um ein hypothetisches Einkommen, das aufgrund des Effektivitätsgrundsatzes nicht berücksichtigt werden dürfte (Emmel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2013, N 4 zu Art. 117; Bühler, a.a.O, N 8 f. zu Art. 117 m.w.H.). Vielmehr setzte das Obergericht das effektive Einkommen auf drei Viertel des in den Jahren 2007 bis 2009 durchschnittlich erzielten Einkommens fest, was einen Monatslohn von rund Fr. 20'000.– ergibt (Urk. 5/58 S. 16 ff.). Der Beklagte selber beziffert sein tatsächliches Einkommen mit Fr. 10'100.– (Urk. 1 S. 4) und reicht als Beleg die Bilanz/Erfolgsrechnung seiner Einzelfirma (2011/2012), drei aktuelle Auszüge von Geschäftskonten (Urk. 4/4-6, Fr. 678.25, Fr. 196.75, Fr. 49.70) sowie zweier auf seinen Namen lautenden Konten (Urk. 4/3, Fr. 690.40) ins Recht. Zudem beantragt er den Beizug der obergerichtlichen Verfahrensakten LE130055-O/RE130023-O (Berufung gegen den Abänderungsentscheid des Bezirksgerichtes Uster vom 29. Juli 2013) (Urk. 16 S. 3 f.). Ob sich sein Einkommen tatsächlich von den rechtskräftig auf Fr. 20'000.– festgesetzten auf Fr. 10'100.– reduziert hat, kann aber nach dem unter E. III. Ausgeführten offen bleiben, weshalb sich auch der beantragte Aktenbeizug erübrigt: Geht man von einem praxisgemässen Notgroschen-Freibetrag von Fr. 20'000.– bis Fr. 40'000.– aus, so verbleibt dem Beklagten ein aktuelles anrechenbares Vermögen von mindestens Fr. 60'000.– aufgrund des Rückkaufswertes von derzeit rund Fr. 100'000.– (Urk. 18/15) der strittigen Lebensversicherung der D._____. Diese Anrechnung rechtfertigt sich umso mehr mit Blick auf die ebenfalls vorhandene Altersvorsorge

in Form einer gebundenen Vorsorgeversicherung der D._____ (Urk. 18/14, Urk. 18/15).

4. Folglich verfügt der Beklagte über ausreichendes Einkommen bzw. Vermögen, um die im Beschwerdeverfahren anfallenden Gerichts- und Anwaltskosten innert absehbarer Zeit zu tilgen. Es erübrigt sich demnach die weiteren Voraussetzungen der Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Verbeiständung (Nichtaussichtslosigkeit und gerechtfertigte anwaltliche Vertretung) zu prüfen; dem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege kann im Beschwerdeverfahren nicht entsprochen werden.

V.

1. Zusammenfassend ist die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen. Die Vorinstanz hat die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen gemäss Art. 104 Abs. 1 ZPO stillschweigend dem Endentscheid vorbehalten. Diesbezüglich ist nichts weiter vorzukehren.

2. Ausgehend von einem Streitinteresse von Fr. 16'000.– (vgl. Urk. 2 S. 15 f. E. 4.2.3.8. und E. 4.2.3.9.) ist die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr auf Fr. 1'700.– festzusetzen und ausgangsgemäss dem Beklagten aufzuerlegen (§ 4 Abs. 1 i.V.m. § 8 Abs. 1 und § 12 GebV OG, Art. 106 Abs. 1 ZPO, BGE 137 III 470, E. 6).

3.1. Im Zusammenhang mit der beantragten Parteientschädigung gilt Folgendes: Das Bundesgericht hielt jüngst wiederholt fest, dass es sich beim Verfahren um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege um ein Verfahren zwischen dem Gesuchsteller und dem Staat handle. Die Gegenpartei des Hauptprozesses sei im Verfahren um unentgeltliche Rechtspflege nicht förmlich Partei. Zwar sehe Art. 119 Abs. 3 Satz 2 ZPO vor, dass die Gegenpartei angehört werden könne, denn oft vermöge sie zur Abklärung der Vermögens- und Einkommensverhältnisse sowie vor allem der Erfolgsaussichten beizutragen. Dies sei aber gerade nicht Ausdruck einer Parteistellung. Es fehle ihr ein schutzwürdiges Interesse, sich in das Verhältnis zwischen dem Gesuchsteller und dem Staat einzumischen, das

durch die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gestaltet werde, da es nicht die Rechte und Pflichten der Gegenpartei tangiere. Demgemäss räume die ZPO der Gegenpartei der um unentgeltliche Rechtspflege ersuchenden Partei grundsätzlich auch kein Rechtsmittel gegen den entsprechenden Entscheid ein (Art. 121 ZPO, BGer 5A_29/2013 vom 4.3.2013, E. 1.1.). Folglich könnten ihr hierfür auch keine Kosten – weder Gerichtskosten noch eine Parteientschädigung – auferlegt bzw. eine Parteientschädigung zugesprochen werden (vgl. BGer 4A_237/2013 vom 8.7.2013 [E. 4.2 zur Publikation vorgesehen], BGer 5A_381/2013 vom 19.8.2013, E. 3.2 und 4.2 mit Hinweis auf BBI 2006, S. 7303). In der vom Bundesgericht zitierten Stelle der Botschaft wird festgehalten, die gesuchstellende Partei könne die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege oder deren Entzug mit Beschwerde anfechten. Der Gegenpartei stehe diesbezüglich – mangels Rechtsschutzinteresses – kein Rechtsmittel zu. Gegen eine Befreiung von der Sicherheitsleistung für die Parteientschädigung könne sie hingegen Beschwerde führen (Art. 119 Abs. 3 Satz 3 ZPO, Botschaft zur ZPO vom 28. Juni 2006, BBI 2006, S. 7303).

Massgebendes Kriterium ist somit das Vorliegen eines Rechtsschutzinteresses bzw. das direkte Betroffensein in eigenen rechtlich geschützten Interessen der Gegenpartei des Hauptverfahrens. Dies ist insbesondere dann vorhanden, wenn sie vorbringt, dass durch die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ihr eigener Anspruch auf Prozesskostensicherheit vereitelt werde, d.h., wenn ein Bewilligungsverfahren mit einem Sicherstellungsbegehren kollidiert (Art. 118 Abs. 1 lit. a ZPO, BGer 5A_29/2013 vom 4.3.2013, E. 1.1, vgl. Bühler, a.a.O., N 120 zu Art. 119 ZPO, N 8 zu Art. 121 ZPO).

Vorliegend sind die Kläger in ihrer eigenen Rechtsstellung ähnlich – wenn auch mittelbar – betroffen, hängt doch ihr Anspruch auf einen Prozesskostenvorschuss aus Familienrecht unter anderem davon ab, ob der Beklagte als finanziell leistungsfähig zu betrachten ist. Wird bei seiner Bedürftigkeitsprüfung die Mittellosigkeit bejaht, scheitert der Anspruch der Kläger auf Prozesskostenvorschuss bereits von vornherein an der Voraussetzung der finanziellen Zumutbarkeit für den Beklagten. Damit muss die genannte bundesgerichtliche Rechtsprechung betreffend die Prozesskostensicherheit auch in Konstellationen gelten, in denen ein

Bewilligungsverfahren mit einem Prozesskostenvorschussbegehren zusammentrifft. Diesfalls hat nämlich die Gegenpartei im Hauptverfahren ein schutzwürdiges rechtliches Interesse an einer Entscheidung, die zu ihrem Vorteil die Mittellosigkeit des Gesuchstellers im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO verneint.

3.2. Bei dieser Sachlage sind die Kläger antragsgemäss auch für ihren angefallenen Aufwand im Zusammenhang mit ihrer Äusserung zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im vorinstanzlichen Verfahren zu entschädigen. Hingegen entfällt eine Parteientschädigung für ihre Äusserung zur Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege im Beschwerdeverfahren (Urk. 10). Im Ergebnis rechtfertigt sich in Würdigung der beiden Rechtsschriften der Kläger (Urk. 7 und Urk. 10) eine leicht reduzierte Parteientschädigung von gerundet Fr. 1'200.– (inklusive 8 % Mehrwertsteuer) (§ 4 Abs. 1 i.V.m. § 9 und § 13 Abs. 4 AnwGebV).

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Beklagten um unentgeltliche Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'700.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das Beschwerdeverfahren werden dem Beklagten auferlegt.
4. Der Beklagte wird verpflichtet, den Klägern für das Beschwerdeverfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'200.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Kläger unter Beilage des Doppels von Urk. 16, Urk. 17, Urk. 18/14-15, sowie unter Beilage der erstin-

stanzlichen Akten an das Bezirksgericht Uster, Einzelgericht im vereinfachten Verfahren, je gegen Empfangsschein.

6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid (betreffend Abweisung der unentgeltlichen Rechtspflege) im Sinne von Art. 93 BGG bzw. ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen (betreffend Prozesskostenvorschuss) im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich in der Hauptsache um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert der Hauptsache liegt über Fr. 30'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 1. November 2013

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. D. Oser

versandt am:
se